

## CAPÍTULO I

### EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA DE LOS MENORES DE EDAD CON LOS PROGENITORES

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO REGLA GENERAL.- 1. La existencia de malas relaciones entre los progenitores no es obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida.- 2. Forma de hacer efectivo el régimen de convivencia compartida. - III. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA EN FAVOR DE SOLO UNO DE LOS PROGENITORES COMO EXCEPCIÓN.- 1. El interés superior del menor.- 2. La existencia de una situación de violencia familiar.- IV. CRITERIOS LEGALES PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.- 1. La edad de los hijos.- 2. La opinión de los menores.- 3. La dedicación pasada a la familia y la capacidad de cada progenitor.- 4. Informes periciales.- 5. Las situaciones de espacial arraigo de los menores.- 6. La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral.- 7. La disponibilidad de los progenitores para mantener un trato directo con los hijos.- 8. Otras circunstancias relevantes.- A) La distancia entre el domicilio de los progenitores.- B) La conveniencia de no separar a los hermanos.- C) La amplitud del régimen de comunicación con el progenitor no custodio.- D) La dificultad de los hijos para adaptarse a la nueva familia.- E) La adicción a las drogas de los progenitores.- F) El rendimiento académico de los menores.- V. LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 5/2011 COMO ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA AL ESTABLECER EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.

#### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011 establece que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, el Juez establecerá, como regla general, el régimen de “convivencia compartida”. Por lo tanto, Comunidad Valenciana se aparta de la solución prevista en el art. 92.8 CC, previendo la custodia compartida con carácter general, y no, excepcional.

La Ley de 8 de julio de 2005 dio nueva redacción al art. 92 CC, admitiendo el precepto en su número 5 que el juez pueda acordar el régimen de custodia compartida, si así lo solicitan ambos progenitores en el convenio regulador o en el transcurso del procedimiento (con las cautelas previstas en el número 6, encaminadas a valorar “la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”). Así

mismo, según el número 8 de la norma, el Juez podrá establecer el régimen de custodia compartida, incluso, en defecto de acuerdo de ambos progenitores (siempre que lo pida uno de ellos) <sup>3</sup>, pero sólo “Excepcionalmente”, oído el Ministerio Fiscal<sup>4</sup>, y “fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Así se deduce claramente del art. 92.8 CC, que exige que el juez actúe “a instancia de una de las partes”, por lo que no puede imponerse de oficio una custodia compartida no pedida por ninguno de los progenitores. V., en este sentido, STS 19 abril 2012 (RAJ 2012, 5090) y STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269).

<sup>4</sup> V., en este sentido, STS 19 abril 2012 (RAJ 2012, 5090) y STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269). Téngase en cuenta que la STC 185/2012, de 17 de octubre, declaró inconstitucional la exigencia, prevista en el art. 94.8 CC, de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y al art. 117.3 CE. El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría una nueva manera de aproximación legislativa al fenómeno de la custodia compartida, la cual, como ya sucede en la doctrina jurisprudencial más reciente (que, según se expone *supra* en texto, se aparta del claro tenor del vigente art. 92 CC), dejaría de ser excepcional, siendo un régimen alternativo (aunque no preferente) al de la custodia individual, que el juez podría acordar en atención al interés del menor, incluso aunque no fuera solicitada por ninguno de los progenitores (en esto el Anteproyecto se aparta de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, para poder acordarse la custodia compartida, que así lo solicite, al menos, uno de los progenitores). Así, según la redacción que se propone para un nuevo art. 92 *bis* CC, concretamente, en su número primero, párrafo primero, “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida”, añadiéndose en el párrafo segundo del precepto que “Podrá establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

<sup>5</sup> El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, de ser aprobado, supondría una nueva manera de aproximación legislativa al fenómeno de la custodia compartida, la cual, como ya sucede en la doctrina jurisprudencial más reciente (que, según se expone *supra* en texto, se aparta del claro tenor del vigente art. 92 CC), dejaría de ser excepcional, siendo un régimen alternativo (aunque no preferente) al de la custodia individual, que el juez podría acordar en atención al interés del menor, incluso aunque no fuera solicitada por ninguno de los progenitores (en esto el Anteproyecto se aparta de la actual jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, para poder acordarse la custodia compartida, que así lo solicite, al menos, uno de los progenitores). Así, según la redacción que se propone para un nuevo art. 92 *bis* CC, concretamente, en su número primero, párrafo primero, “El Juez podrá acordar, en interés de los hijos, que su guarda y custodia sea ejercitada por uno solo de los progenitores o por los dos, de forma compartida”, añadiéndose en el párrafo segundo del precepto que “Podrá

La solución es diferente en las más recientes legislaciones autonómicas sobre la materia, donde hay dos orientaciones: a) la custodia compartida no es un régimen excepcional, respecto de la individual, estableciendo el juez (a falta de acuerdo de los progenitores) una u otra modalidad, teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 233-10 y 11 CC de Cataluña y art. 3 de la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo); o b) la custodia compartida no sólo no es excepcional, sino que se considera “abstractamente” como lo más conviviente para el menor, por lo que es la regla general, salvo que concurren circunstancias probadas, que aconsejen atribuir la custodia a uno de los progenitores, en interés siempre de los hijos (art. 80 CDF de Aragón), orientación, ésta última, que es la seguida por el art. 5 de la Ley 5/2011.

No obstante lo dicho, hay que tener en cuenta recientemente la jurisprudencia, con apoyo en el principio de protección del interés superior del menor, ha llevado a cabo una labor de “corrección” del art. 92.8 CC, rechazando el carácter excepcional con que el precepto (en defecto de acuerdo de los progenitores) contempla la custodia compartida, considerándola incluso (de manera tendencial) lo más conveniente para los hijos (aunque sin llegar a la solución de los legisladores aragonés y valenciano).

Ha establecido, así, como doctrina jurisprudencial consolidada que la custodia compartida “debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”; se afirma, así, “que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”<sup>6</sup>.

---

establecer, si lo considera conveniente para la protección del interés superior de los hijos, el ejercicio compartido de su guarda y custodia cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento o cuando, no mediando acuerdo, cada uno de ellos inste la custodia para ambos o para sí”.

<sup>6</sup> Tal es la doctrina que establece la STS 29 abril 2013 (RAJ 2013, 3269), y que es seguida

Se prima, pues, el interés del menor, afirmándose que su protección “exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel”<sup>7</sup>. Se afirma que ello es “el corolario lógico de que la continuidad del cumplimiento de los deberes de los padres hacia sus hijos, con el consiguiente mantenimiento de la potestad conjunta, resulta sin duda la mejor solución para el menor por cuanto le permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para el hijo, desde la idea de que no se trata de una medida excepcional, sino que al contrario, debe considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a mantener dicha relación”<sup>8</sup>. “Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos”<sup>9</sup>.

---

por otras muchas posteriores, como la STS 19 julio 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 25 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7873), STS 25 abril 2014 (RAJ 2014, 2651), STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

<sup>7</sup> STS 19 julio 2013 (RAJ 2013, 5002), STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894) STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

<sup>8</sup> STS 25 noviembre 2013 (RAJ 2013, 7873), la cual acuerda el cambio del régimen de custodia (de individual en favor de la madre a compartida), a pesar de la existencia de malas relaciones entre los padres (lo que suele acontecer cuando ambos no están de acuerdo con compartir la custodia de los hijos menores). Dice, así, que “El enfrentamiento entre los padres, no consta que redunde en perjuicio del menor, dado que con frecuencia han convenido armoniosamente en el cambio de los días de visita y el aumento de los mismos”. No obstante, la STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894) matiza que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que, pese a la ruptura afectiva de los progenitores, se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad

<sup>9</sup> STS 2 julio 2014 (RAJ 2014, 4250), STS 15 octubre 2014 (RAJ 2014, 4894), STS 22 octubre 2014 (RAJ 2014, 5023) y STS 30 octubre 2014 (RAJ 2014, 5268).

## II. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA COMPARTIDA COMO REGLA GENERAL.

Volviendo a la legislación valenciana, en el Preámbulo de la Ley 5/2011, se dice que “Con esta actuación legislativa se pretenden conjugar los dos principios fundamentales que concurren en los supuestos de no convivencia o ruptura de una pareja cuando existen hijos e hijas menores: por un lado, el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro, el derecho-deber de éstos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación”<sup>10</sup>.

La regla general es, pues, que, conforme al art. 5.2 de la Ley 5/2011, salvo que otra cosa haya acordado por los progenitores, el Juez atribuirá a ambos, “de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad”.

Las SSAP Alicante (Sección 9<sup>o</sup>) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013) y núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), explican que “Se establece, por tanto, como regla general un régimen de convivencia compartida y, de forma excepcional, la atribución de la guarda y custodia a uno solo de los progenitores. El legislador autonómico ha instaurado una suerte de presunción iuris tantum de que el régimen de convivencia más beneficioso para un menor cuyos padres ya no conviven juntos es el que posibilita un contacto similar entre ambos, pues éste es, en principio, el medio más idóneo para ejercer el derecho-deber de patria potestad que incumbe a los progenitores”.

---

<sup>10</sup> Más adelante, se añade: “El régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con los hijos e hijas menores pretende facilitar un mejor encaje de la nueva situación familiar por parte de cada menor y el mantenimiento de los lazos de afectividad con ambos progenitores. Asimismo, pretende disminuir el nivel de litigiosidad entre éstos, derivada del frecuente otorgamiento de la convivencia a uno solo de ellos y favorecer la corresponsabilidad y la distribución igualitaria de roles sociales entre hombres y mujeres en las relaciones familiares”.

La SAP Valencia (Sección 10<sup>a</sup>), núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014), al igual que otras muchas, expresa el beneficio que la custodia compartida “va a comportar para la hija que se verá así cuidada por ambos progenitores desde su más pronta niñez, sin ni siquiera haber tenido tiempo para considerar a uno de los progenitores como alguien casi extraño al que solo percibe como un visitante esporádico”.

## 1. La existencia de malas relaciones entre los progenitores no es obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida.

El art. 5.2 de la Ley 5/2011 precisa que será obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida “la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos”<sup>11</sup>.

Este último extremo es importante, porque la razón más habitual para denegar la custodia compartida (antes de la entrada en vigor de la Ley) era, precisamente, la existencia de malas relaciones entre los padres, considerándose que dicha situación dificultaba extraordinariamente un régimen de este tipo. Por supuesto, con mayor razón, no podrá impedir el establecimiento de régimen de convivencia compartida la inexistencia de relaciones entre los progenitores<sup>12</sup>.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014), examinando un caso en el que “las malas relaciones, o inexistencia de las mismas, entre ambos progenitores, es el único motivo real de oposición por parte de la recurrente”, explica que la existencia de dichas malas relaciones “además de no ser motivo bastante para no acordarla, choca con la disposición legal del régimen general de custodia compartida recogido en la Legislación Valenciana, a la par que admitir tal causa supondría, en realidad, dejar en manos de quien se opone a dicho tipo de custodia, para no poderla jamás acordar”<sup>13</sup>.

## 2. Forma de hacer efectivo el régimen de convivencia compartida.

Respecto de la concreta manera de hacer efectivo ese régimen de custodia o convivencia compartida caben varias posibilidades: que los hijos menores queden en el domicilio familiar, alternándose los padres en el uso del mismo (solución muy costosa económicamente, porque obliga a la familia a tener tres viviendas<sup>14</sup>, y que puede dar lugar a toda clase de disputas entre los

---

<sup>11</sup> V. a este respecto SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 71/2012, de 14 de febrero (núm. recurso 709/2011).

<sup>12</sup> La SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 89/2012, de 16 de enero (núm. recurso 642/2011), revocando la sentencia apelada, consideró beneficioso para el menor el establecimiento de un régimen de custodia compartida ante la ausencia de conflicto alguno entre los progenitores en lo relativo al cuidado del menor pues el que los padres como pareja no tengan buena relación no influye en lo relativo a la guarda y custodia de menor que hasta el momento ha funcionado de modo correcto”.

<sup>13</sup> En el mismo sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de julio (núm. recurso 55/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 297/2015, de 20 de mayo (núm. recurso 239/2015).

<sup>14</sup> Es, por ello, que esta solución no es muy frecuente. La adopta, sin embargo, la SAP Alicante (Sección 4ª) núm. 389/2013, de 24 de octubre (núm. recurso 562/2012).

progenitores<sup>15</sup>) o que sean los propios menores los que periódicamente (por ejemplo, cada semana<sup>16</sup>, cada quince días<sup>17</sup> o cada mes<sup>18</sup>) se trasladen a los

---

Dice, así, que, “Con relación al uso de la vivienda que fue conyugal y atendiendo al beneficio del menor se considera que debe ser éste, quien permanezcan de forma continuada en el domicilio familiar, y sean los progenitores que se alternen en el ejercicio de la guarda y custodia quienes entren y salgan del mismo, según los turnos de la misma. En el art. 6º de la Ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana se contempla que a falta de acuerdo entre las partes, la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos menores, entendiendo que en el presente supuesto dada la edad del mismo y sus condiciones actuales es lo mejor para el niño”.

<sup>15</sup> Pues como afirma la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014) “no es ese el espíritu de la Ley Valenciana (...), ni, asimismo, es posible, ni conveniente, atribuir su uso (el de la vivienda familiar) a los hijos y que sean los padres los que se turnen en su uso, pues ello, además de no ser, como se ha dicho, el espíritu de la Ley Valenciana, lleva, en la práctica totalidad de los casos, a disputas de toda clase entre los progenitores, teniendo estos que acudir constantemente a los Juzgados para dirimir toda suerte de problemas.”

<sup>16</sup> V. en este sentido SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 89/2012, de 16 de enero (núm. recurso 642/2011), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013), SAP Alicante (Sección 4ª) núm. 392/2013, de 25 de octubre (núm. recurso 732/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2015), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 173/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 838/2015), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 107/2014, de 2 de septiembre (núm. recurso 95/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 227/2014, de 7 de abril (núm. recurso 1342/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 327/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 407/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 388/2014, de 3 de junio (núm. recurso 1173/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 401/2014, de 6 de junio (núm. recurso 88/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 411/2014, de 10 de junio (núm. recurso 1191/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 421/2014, de 11 de junio (núm. recurso 430/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 468/2014, de 24 de junio (núm. recurso 1364/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 472/2014, de 25 de junio (núm. recurso 1324/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 479/2014, de 30 de junio (núm. recurso 426/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 482/2014, de 30 de junio (núm. recurso 472/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 569/2014, de 17 de julio (núm. recurso 401/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 620/2014, de 9 de septiembre (núm. recurso 318/2014), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 635/2014, de 15 de septiembre (núm. recurso 728/2014), SAP Valencia 450/2014, de 22 de septiembre (núm. recurso 450/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de julio (núm. recurso 55/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 552/2014, de 14 de julio (núm. recurso 231/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 297/2015, de 20 de

domicilios de sus progenitores<sup>19</sup>, a uno de los cuales puede atribuírsele el uso de la cada familiar, común o privativa del otro, en virtud de pacto o, en su defecto, cuando, como dice el art. 6.1 de la Ley, “tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda”.

A este respecto, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014) revoca la sentencia de instancia y configura el régimen de convivencia compartida por meses en lugar de por semanas. Con dicha Sentencia, la Audiencia establece que “salvo acuerdo entre las partes, las estancias con cada progenitor deben ser siempre superiores a la señalada en la instancia (por semanas), a fin de dotar de estabilidad la estancia del hijo con cada progenitor, y no tener que estar permanente trasladándose de un domicilio a otro, con el consiguiente desconcierto que ello puede, incluso, conllevar para el hijo, si bien tampoco los períodos deben ser tan largos como el interesado por el apelante, por lo que la Sala estima deben ser por meses, manteniéndose el resto en lo concerniente a las visitas”.

No obstante la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 526/2014, de 7 de julio (núm. recurso 55/2014) estima “más adecuado, por beneficioso para las relaciones de los menores con sus padres, el que dicha custodia lo sea por semanas, a fin de que de esta forma sea mayor y más frecuente el contacto con cada progenitor, no existiendo beneficio alguno el que lo fuese por trimestres como solicita el padre subsidiariamente”.

En principio la custodia compartida parece que exige que los tiempos de convivencia con los progenitores sean tendencialmente iguales en duración. Ahora bien, esto no tiene por qué ser siempre así, máxime cuando la disponibilidad de los progenitores para hacerse cargo de los menores no sea la misma (por ejemplo por razones de trabajo).

Por su parte, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 494/2014, de 1 de julio (núm. recurso 178/2014), establece un peculiar régimen de convivencia

---

mayo (núm. recurso 239/2015).

<sup>17</sup> V. en este sentido SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 162/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 839/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 684/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 503/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 745/2013, de 14 de noviembre (núm. recurso 605/2013) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 1190/2013).

<sup>18</sup> V. en este sentido SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 659/2013, de 14 de octubre (núm. recurso 560/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 331/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 99/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 448/2014, de 18 de junio (núm. recurso 229/2014).

<sup>19</sup> Es usual establecer períodos más amplios, de quince días, para los meses de julio y de agosto.



compartida, heredero e idéntico al amplio régimen de visitas que regía anteriormente cuando la convivencia era exclusiva de uno de los progenitores. Dicho régimen consiste en que “el progenitor estará con su hija todas las semanas dos días, uno de ellos con pernocta para reintegrarla al centro escolar al día siguiente, y los fines de semana alternos desde el viernes hasta el lunes siguiente”. Continúa la Audiencia explicando que “la diferencia semanal de pernocta con la madre es mínimo, y además no se exige en el sistema compartido de guarda el que los tiempos de permanencia con ambos progenitores sean matemáticamente igualitarios”.

También la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 557/2014, de 16 de julio (núm. recurso 289/2014) considera que el sistema de visitas configurado por la sentencia de instancia en el marco de una convivencia individual es tan amplio que “podría ser considerado como muy próximo a la custodia compartida, si tenemos en cuenta la definición de este sistema dada por el artículo 3 a) de la ley autonómica 5/2.011 de 1 de abril, de relaciones familiares, y entendemos que la expresión legal "igualitaria y racional" no equivale a "idéntica", de modo que podría considerarse como custodia compartida una distribución de los tiempos de convivencia en que ambos progenitores gozaran, como en este caso, de amplios y frecuentes periodos de estancia con su hijo”.

### III. EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA EN FAVOR DE SOLO UNO DE LOS PROGENITORES COMO EXCEPCIÓN.

Se establecen dos excepciones al régimen de convivencia compartida:

#### 1. El interés superior del menor.

En primer lugar, el Juez “podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior” (“a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”), en cuyo caso deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto con el otro progenitor (art. 5.4)<sup>20</sup>.

Las SSAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), y núm. 660/2013, de 14 de octubre (núm. recurso 404/2013), observan que el interés de los niños no debe ser medido “bajo

---

<sup>20</sup> La autoridad judicial, atendidas las circunstancias particulares del caso, podrá establecer un control periódico de la situación familiar y, a la vista de los informes aludidos en el apartado anterior, podrá determinar un nuevo régimen de convivencia (art. 5.5).

parámetros de confort material”, y que “en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor”.

A nuestro parecer, el elemento preponderante ha de ser el objetivo. De hecho, según veremos más adelante, el art. 5.3 de la Ley 5/2011 se refiere a la opinión de los menores, como el segundo de los factores, que han de ser tenidos en cuenta para fijarse el régimen de convivencia, pero, a partir de que los hijos hayan cumplido doce años; y, aun así, se trata sólo de un factor que, si bien alcanza progresiva cuanto mayor sea la edad del menor, sin embargo, ha de ser valorado junto con otros para determinar el interés superior de aquél desde un punto de vista objetivo.

## 2. La existencia de una situación de violencia familiar.

En segundo lugar, tampoco existirá el régimen de convivencia compartida, cuando exista una situación de violencia familiar, que pudiera suponer un riesgo para los hijos o para el otro progenitor, incluso aunque no haya existido una previa sentencia firme.

Así resulta del art. 5.6 de la Ley 5/2011, cuyo tenor es el siguiente: “Excepcionalmente tampoco procederá la atribución de un régimen de convivencia a uno de los progenitores cuando esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos o hijas, y se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, siempre y cuando, a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor”<sup>21</sup>.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 436/2014, de 16 de junio (núm. recurso 152/2013) aclara que “la lectura de la norma, revela que, para no dar lugar a la custodia compartida ha de concurrir la doble circunstancia de que "se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad" y que "a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor" (...).” Así, pese a que “consta acreditado en

---

<sup>21</sup> V. a este respecto SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 582/2014, de 21 de julio (núm. recurso 302/2014).

autos que se está siguiendo un proceso penal contra el progenitor por un delito de violencia en el ámbito familiar”, continúa la sentencia, “de las manifestaciones del perito judicial en el acto del juicio ha de concluirse que no existen indicios de que la custodia compartida implique un riesgo objetivo para los menores o la recurrente, siempre que se acuda a terapia”<sup>22</sup>.

Continúa el precepto advirtiendo que “Tampoco procederá el régimen de convivencia compartida cuando la autoridad judicial advierta, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”<sup>23</sup>.

A título ejemplificativo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 436/2014, de 16 de junio (núm. recurso 152/2013) confirmó la atribución de la custodia a la madre, ya que al dictarse la sentencia de instancia la juez advirtió, como consecuencia de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia familiar. Así, explica que aunque al dictarse la sentencia de instancia no se había fallado aún en el procedimiento penal, incoado como consecuencia de un delito de maltrato contra la hija, la juez tenía presente cierto riesgo de violencia familiar que fue corroborado ya que posteriormente se dictó resolución confirmada por la Audiencia Provincial condenando al padre como autor de una falta de vejación injusta.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013) atribuyó la custodia a la madre ya que advirtió “que el esposo está incurso en un procedimiento penal por malos tratos en el ámbito familiar que no ha finalizado por sentencia firme”. Aunque no se había dictado resolución motivada alguna, la Audiencia advirtió la existencia de indicios fundados de violencia de género pues “en informe psicosocial emitido por el Centro 24 Horas de Valencia en fecha 23 de febrero de 2012 (folio 227 y siguientes), donde se ha realizado una intervención respecto de la esposa, se informa de que la sintomatología mostrada por la esposa es acorde a la que presentan las mujeres víctimas de maltrato”.

#### IV. CRITERIOS LEGALES PARA DETERMINAR EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.

En cualquier caso, conforme al art. 5.3 de la Ley 5/2011, el Juez, antes de fijar el régimen de convivencia, “a la vista de la propuesta de pacto de

---

<sup>22</sup> V. también SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014).

<sup>23</sup> Cuando se dicte resolución judicial que ponga fin al procedimiento, con efectos absolutorios, en cualquiera de los procedimientos reseñados en el párrafo anterior, se podrá revisar, de oficio o a instancia de parte, la ordenación de las relaciones familiares.

convivencia familiar” que cada uno de los progenitores deberá presentar, tendrá en cuenta una serie de factores, que el precepto enumera, por el orden en que se exponen.

Ahora bien, todos estos factores deberán ser tamizados por el filtro del interés superior del menor. Es decir, el interés superior del menor no es un concepto abstracto ni un factor adicional que haya que considerar en primer lugar, sino que es el principio fundamental que ha de alumbrar, en el caso concreto, todos y cada uno de los factores que a continuación se enumeran.

### 1. La edad de los hijos.

El precepto se refiere, en primer lugar, a “La edad de los hijos e hijas”, pareciendo presuponer el interés de los niños muy pequeños en tener un mayor relación con la madre.

Así lo da a entender la SAP Alicante (Sección 9º) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), que, al justificar al cambio a un régimen de convivencia conjunta, observa que “El menor se encuentra próximo a cumplir los diez años, edad en la que ya no existe la dependencia materna propia de los primeros meses de vida”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014) atribuye la custodia del menor de 18 meses de edad a la madre, señalando que “En el informe emitido por perito judicial se recomienda con claridad mantener la guarda del menor en el ámbito materno por ofrecer mayor estabilidad en las variables más relevantes en el estadio evolutivo en que se encuentra el menor, siendo el contexto en el que el menor ha nacido y crecido y reconoce primariamente como contexto de seguridad referente”. Añade la Audiencia que también “debe tenerse presente la muy corta edad del menor”.

Por su parte, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014) establece la custodia compartida y considera que “el menor va a cumplir dos años, por lo que, con independencia de que el menor lleva teniendo trato frecuente con su padre (merced al régimen de visitas vigente), la edad no constituye impedimento alguno para la custodia compartida”.

El precepto precisa también que “En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores”.

## 2. La opinión de los menores.

En segundo lugar, deberán tenerse en cuenta, “La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años”.

Así, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 569/2014, de 17 de julio (núm. recurso 401/2014) explica que el “deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado”<sup>24</sup>.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2014) estimó la demanda de modificación de medidas y cambió el régimen de convivencia individual por el de convivencia compartida. Señala la Audiencia que “nos encontramos con una menor de 14 años de edad, con madurez destacable, cual indica el tribunal de instancia que presencié la exploración de la misma. Manifestando en la exploración que ‘está muy bien con su padre y con Raquel su pareja y su hermana pequeña Azucena, que su padre le hace la comida y la cena y ella se hace el desayuno. Que quiere estar con su padre más tiempo y que no haya horarios rígidos. Que con su madre está bien y que es más exigente con los horarios, pero que tampoco le agobia. Con el tema de los médicos es su madre la que se ocupa, que ahora le tienen que colocar un catéter que no sabe si tienen que ir a la Fe de Valencia. Que prefiere ver más días a su padre, y cuando quiera, que su padre estuvo los días que estaba ingresada en la UCI, que cuando subieron a planta le visitó cuando le dejaba el trabajo y también algunos días por la mañana”.

No obstante, la jurisprudencia ha matizado este criterio, entendiendo que debe interpretarse a la luz del principio del interés superior del menor, que

---

<sup>24</sup> En el mismo sentido SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 347/2014, de 22 de mayo (núm. recurso 129/2014).

puede aconsejar el establecimiento de un régimen de convivencia compartida, a pesar de la opinión contraria de aquel<sup>25</sup>.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013) explica que, aunque “ciertamente, la opinión de un menor de catorce años debe tenerse en cuenta”, sin embargo, sus “posibles preferencias, fruto del egoísmo propio de la edad (siguiendo las palabras de la perito) no tienen por qué ser interpretadas como lo más beneficioso a sus intereses, pues no parece que el egoísmo o la comodidad tengan que ser valores preeminentes frente al cariño, el contacto directo y las enseñanzas que le puede transmitir la vida en común con su padre”.

En el mismo sentido, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014) razona que “Cierto es que los menores en la exploración se mostraron favorables a seguir viviendo con su padre como lo hacían desde enero de 2013, pero a la vista del acta de exploración parece latir unas causas algo sugerentes, donde se mezcla un sentimiento de lástima por el padre al que vieron llorar, combinado con la reacción negativa ante una nueva pareja de la madre, la complacencia de los chicos ante el estilo menos riguroso del padre en cuanto a disciplina, limpieza, etc.. en una edad complicada, y la utilización por los mismos de argumentos un tanto justicieros que han de provenir -sin duda- de la información y valoraciones del padre, como que su madre pretende "tirar a su padre" o "quedarse con todo" y que "lo hace por la pensión" (...) Por ello las opiniones de los menores son muy importantes, pero no quedan fuera del análisis crítico ni dejan de ser valorables”. La Audiencia difirió de la opinión de los menores y estableció un régimen de custodia compartida.

También hay ocasiones en las que los menores no desean cambiar la convivencia individual por la convivencia compartida por reticencia al cambio, pero no hay ningún otro motivo que desaconseje la aplicación de este último régimen. En estos casos, es posible que la opinión de los menores no sea significativa, porque, como explica la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 173/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 838/2015), “es normal que exista una tendencia a mantener el status quo actual puesto que los cambios generan incertidumbre y un cierto proceso adaptativo que nadie desea *ab initio*”.

En cualquier caso, parece claro que la opinión de los menores será tanto más importante cuanto, más cerca se hallen de alcanzar la mayoría de edad<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Como indica la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 189/2014, de 24 de marzo (núm. recurso 989/2013) y la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013).

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), observa, así, que “no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia de la hija a la madre habida cuenta que la hija cumple 18 años dentro de 3 meses, y ha revelado inequívocamente su voluntad de seguir con su madre, dando cumplida explicación de ello en su exploración (...), lo que aconseja no acordar dicho tipo de custodia, procediendo por ello mantener la sentencia de instancia en este punto”.

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 508/2014, de 21 de julio (núm. recurso 303/2014), confirmó la sentencia apelada, que se había pronunciado en contra del régimen de convivencia compartida, porque a “la inexistencia de comunicación” entre el padre e hijo, “se une la edad de dicho hijo, de 15 años, y su inequívoca voluntad de vivir con su madre y no con una custodia compartida”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 599/2014, de 24 de julio (núm. recurso 327/2014), denegó la pretensión del padre de que se modificara el régimen de convivencia con los 4 hijos menores, teniendo, en cuenta, entre otras circunstancias, “las reticencias hacia la custodia compartida de los dos hijos más mayores, cuya opinión debe ser tenida especialmente en cuenta, porque su edad hace presumir su madurez” (sus edades eran de 16 y 14 años, respectivamente).

También la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013) considera que “no puede dejar de tomarse en consideración que dicho hijo tiene 17 años y solo le faltan unos meses para alcanzar la mayoría de edad y que, habiendo declarado que la relación con su progenitor es buena, desea continuar viviendo con su madre y hermana, habiendo ponderado la Juzgadora el grado de madurez del hijo en la exploración”.

### 3. La dedicación pasada a la familia y la capacidad de cada progenitor.

En tercer lugar, habrá que ponderar, “La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor”<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> V. en este sentido SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 310/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 193/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 292/2015, de 18 de mayo (núm. recurso 314/2015).

<sup>27</sup> La SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 571/2012, de 5 de diciembre (núm. recurso 228/2012), revocando la sentencia apelada, atribuyó el régimen de convivencia

Aquí, en rigor, se contemplan dos circunstancias distintas.

a) En primer lugar, el tiempo y el grado de dedicación de los progenitores a los hijos<sup>28</sup>, que pueden convertir a uno de ellos en “la figura referente y primaria” de los mismos, como consecuencia de la existencia de “una estrecha vinculación entre ellos”<sup>29</sup>.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 678/2013, de 21 de octubre (núm. recurso 437/2013), establece un régimen de convivencia en favor de la madre, constatando “la inexistencia de relación entre los progenitores y que existe un intenso conflicto, careciendo de vías para afrontar de manera conjunta las dificultades que puedan presentar sus hijos. La madre ha tenido un papel principal en el cuidado de los hijos y los menores se encuentran más vinculados a la madre (no trabajó y se dedicó al hogar desde el año 2006), lo que se corresponde con el mayor papel asistencial que ha ejercido, si bien los menores se encuentran vinculados también con el progenitor, siendo más adecuado el estilo educativo de la progenitora (menos permisivo que el paterno)”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 585/2014, de 22 de julio (núm. recurso 251/2014), estableció el régimen de convivencia de los hijos en favor de la madre, por constar que, “ya con anterioridad a la presentación de la demanda era la actora quien venía asumiendo el cuidado de los hijos menores, asumiendo en exclusiva la guarda y custodia de los hijos desde agosto de

---

compartida a los dos progenitores, por considerar que ambos eran “perfectamente capaces de asumir el cuidado y educación del menor”, estando, además, éste “adaptado por igual a ambos padres”, sin apreciar “razones o factores que aconsejen optar por una solución que la nueva Ley considera excepcional” (se refiere a la atribución del régimen de convivencia en favor de uno solo de los progenitores).

La SAP Alicante (Sección 6ª) núm. 375/2013, de 31 de octubre (núm. recurso 177/2013), revocó la sentencia recurrida, que había concedido el régimen de convivencia en favor de la madre, basándose en las declaraciones testificales de que el padre era consumidor habitual de alcohol. Afirma que “las declaraciones de los testigos no son lo suficientemente convincentes por sí solas para acreditar que el padre sea un consumidor habitual de alcohol cuando ello no viene respaldado por ninguna prueba objetiva que acredite esta circunstancia, cuando además en el informe psicológico (...) el menor manifiesta su deseo de vivir también con su padre (...) las manifestaciones en cuanto a la falta de suministros básicos de la vivienda o de falta de higiene del menor son meras manifestaciones de la madre”.

<sup>28</sup> V. a título ejemplificativo SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014) y SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 126/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 112/2014).

<sup>29</sup> Como dice la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 583/2014, de 21 de julio (núm. recurso 500/2014).



2009 en que el demandado marchó del domicilio familiar, inhibiéndose total y absolutamente de sus responsabilidades alimenticias para con sus hijos hasta el momento en que en 2011, a través de medidas provisionales se impuso una cuantía mínima para subvenir las necesidades de los hijos, posición que indudablemente pone de manifiesto su posición reticente al cumplimiento voluntario de los deberes inherentes a la patria potestad”. Más adelante, insiste en “la poca disposición del progenitor para asumir sus obligaciones parentales”, lo que, como le lleva “incluso a desconocer las circunstancias académicas de los menores, sus rutinas extraescolares y en suma le impide conocer sus necesidades”; y concluye: “esta ausencia de implicación en la educación y crianza de los hijos, junto con el resultado de la exploración de los menores desaconseja total y absolutamente la atribución de una custodia compartida”.

Así mismo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013) estableció el régimen de custodia individual de los hijos en favor de la madre, ya que constata “la carencia de una figura paterna desde tiempo antes de acontecida la separación, por el poco tiempo ‘de calidad’ que pasaba ya antes el padre con los hijos, situación que ha permanecido con la separación de hecho desde el 25 de mayo de 2012, aun a pesar del amplio régimen de visitas establecido a favor del padre, pues el tiempo que permanecen con él, lo pasan en el vivero de su propiedad, mientras el padre trabaja, sin que el padre preste atención directa a los hijos durante el tiempo que permanecen con él, hasta el punto que Apolonio percibe que es "algo secundario" en la vida de su padre; como sostiene el informe pericial de 8 de noviembre de 2012, no se trata de aumentar la cantidad de tiempo que pasa con su padre, sino de mejorar la calidad del que pasa, igual ocurre con Dolores”.

En el mismo sentido, la SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 169/2015, de 6 de mayo (núm. recurso 804/2014) mantuvo la custodia exclusiva de la madre al constatar que “el hijo padece reiterados problemas de bronquitis e infecciones respiratorias que requieren una atención especial para observar los síntomas y administrar la medicación pertinente. En este sentido, y como consta al folio 173, en el informe de la Pediatra Dña. María Inés, es la madre la que habitualmente acude a la consulta acompañando a Gregorio y que en muy pocas ocasiones ha visto al padre del niño y han sido antes del 23 de octubre de 2013, siendo aquella la que acude a las revisiones cuando se cita al niño (...). Es la madre quien, durante los cursos 2012-2013 y 2013-2014, ha acudido a todas las reuniones convocadas en la escuela y lo recoge por las tardes y que su profesora, Dña. Frida, no conoce al padre, nunca se ha entrevistado con él ni ha llamado ni ha acudido a ninguna reunión o acto festivo del centro, lo que acredita que es la Sra. Clemencia la que cuenta con un horario laboral más adecuado para la atención del hijo, lo que hace más

idóneo que el régimen en este caso concreto sea de custodia individual a favor de la madre, teniendo en cuenta la propensión a padecer enfermedades respiratorias que requiere una atención especial”.

El factor de la dedicación pasada a la familia habrá que interpretarlo, no obstante, con cierta flexibilidad, porque el hecho de que el menor, en particular, durante sus primeros años de vida, haya pasado más tiempo con la madre, en sí mismo, no puede impedir el cambio a un régimen de convivencia compartida, si es más conveniente para el hijo y el padre puede asumirlo (por ejemplo, porque reduce su jornada laboral).

Las SSAP Alicante (Sección 4ª) núm. 389/2013, de 24 de octubre (núm. recurso 562/2012), y núm. 392/2013, de 25 de octubre (núm. recurso 732/2012), afirman que en los supuestos por ellas decididos “ambos progenitores están suficientemente capacitados para asumir la guarda y custodia de sus hijos, y de que tienen unas circunstancias laborales y unas disponibilidades horarias favorables, y aunque si bien es cierto que la madre se ha ocupado de manera más prioritaria del cuidado de éstos, no existe obstáculo acreditado alguno en el padre para otorgársela también a él, por lo que entendemos que la custodia compartida es la solución indicada, según establece el art. 5, 2º de la Ley 5/11, atendiendo al interés superior de los menores”.

Igualmente, la SAP Alicante (Sección 9º) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2014) estima la demanda de modificación de medidas y cambia el régimen de convivencia individual por el de convivencia compartida. Estima la Audiencia que “Es cierto que normalmente la madre es la que se ocupa de la enfermedad de la menor, pero ello es lógico teniendo en cuenta que viene ostentando la guarda y custodia de la misma desde hace más de 10 años. Haber prestado mayor atención en este ámbito sanitario, incluso en el educacional, no impide que cuando no existen razones justificadas para negar la custodia compartida, ésta deba concederse. Dado que el reparto igualitario de tiempo de convivencia y de posibilidad de ejercer el rol parental con su hija, es decir, la relación con ambas figuras parentales favorece un crecimiento psíquico y emocional más rico y saludable. Además existirá una mayor relación con su hermanastra. Es precisamente por ello que la Ley autonómica y la propia jurisprudencia, considera lo normal dicho régimen de custodia compartida, y sólo excepcionalmente debe mantenerse el monoparental. Desde esta óptica se concluye por este tribunal que la máxima protección del superior interés de la menor, sólo puede obtenerse de esta forma”.

Finalmente, la SAP Alicante (Sección 9º) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014) revoca la sentencia de instancia que había otorgado

la custodia exclusiva a la madre “teniendo en cuenta la edad del menor de cuatro años, así como el hecho de que desde su nacimiento el menor ha sido cuidado por la madre y su familia y el padre no ha asumido su atención debido a su situación laboral, a ello hay que añadir que ella trabaja en casa estando en contacto con el menor todo el día y teniendo plena disposición respecto del mismo, habiendo sido hasta ahora la madre la que se ha encargado de llevar al menor al colegio o llevarlo al médico”. Así, la Audiencia se inclina por establecer la custodia compartida con los siguientes fundamentos: “Partiendo de que el régimen idóneo para los menores, incluso desde la más tierna edad con las peculiaridades de los lactantes, es el de custodia compartida, dicha argumentación es más que endeble, pues de ser así nunca podría concederse dicho régimen en los supuestos en que el padre trabajara y la madre fuese ama de casa. Ciertamente la mayor o menor disponibilidad de trato directo y la conciliación familiar y laboral son dos de los parámetros a tener en cuenta según la legislación autonómica para determinar el régimen adecuado para el menor. Y aquí ciertamente el trabajo del recurrente en el taller mecánico, puede suponer una cierta limitación en cuanto a una mayor relación diaria directa con su hijo, pero también es cierto que es autónomo titular de su propio taller, puede auxiliarse de familiares próximos y que, además, dispone en la actualidad de un trabajador contratado que puede facilitar esa mayor relación con su hijo”.

b) En segundo lugar, la capacidad y aptitud de los padres para el cuidado y crianza de los hijos.

Como ejemplo, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 455/2014, de 19 de junio (núm. recurso 457/2014) confirma la sentencia de instancia que atribuye la custodia del menor al padre, argumentando que la madre recurrente “ha dado muestras de una gran inestabilidad no solamente laboral, sino también en otros ámbitos de su vida”, y subrayando la conducta de la madre consistente en “haber tomado el dinero destinado al pago de la vivienda y abandonar el domicilio constando en las mismas diligencias que era el padre de a recurrente y el recurrido quienes cuidaban al menor”.

A efectos de ponderar dicha capacidad, es conveniente que la autoridad el recurso a informes de peritos, lo que, en la práctica suele hacerse casi siempre<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Como hacen, entre otras muchas, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 124/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 72/2014), la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 189/2014, de 24 de marzo (núm. recurso 989/2013) y la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 1190/2013)

La SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 608/2013, de 23 de septiembre (núm. recurso 524/2013), y núm. 660/2013, de 14 de octubre (núm. recurso 404/2013), afirman que “en el ámbito de los procesos familiares habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importantes, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor”.

Así, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 375/2014, de 2 de junio (núm. recurso 128/2014), otorgó la custodia del menor a la madre ya que “En el informe emitido por perito judicial se recomienda con claridad mantener la guarda del menor en el ámbito materno; razonaba el informe pericial judicial que el Sr. Imanol tiene una baja estabilidad emocional, así como dificultad para tolerar la incertidumbre, los contratiempos, el rechazo y la desaprobación, frente a la adecuada estabilidad emocional de la madre, estructura flexible de pensamiento con capacidad para adaptarse a las diferentes situaciones, adecuada tolerancia a la frustración y resiliencia. De ello concluía que el cambio del régimen de guarda (atribuido a la madre en medidas provisionales), no era conveniente para el menor. Añadió en el acto del juicio que el hecho de que durante un tiempo, se introdujese un sistema de guarda compartida, como aconteció, produjo en el menor un una inquietud y nerviosismo, que en nada le beneficiaba.”

También la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014) atribuyó la custodia del menor a la madre, entre otros factores, porque “el informe psicológico en el extremo destinado al análisis de las aptitudes de ambos progenitores para el cuidado del menor señala que, aun cuando ambos padres poseen capacidades positivas, el padre presenta una desventaja frente a la madre para el desarrollo del cuidado del menor en cuanto a los criterios educativos, mostrando un carácter sobreprotector frente al asertivo de la madre, siendo éste último más adecuado, en cuanto a la estabilidad mental y disponibilidad para el cuidado del menor (...)”.

Igualmente la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014) estableció la custodia compartida ya que “se observa que ambos progenitores se hayan capacitados para desempeñar las funciones inherentes a la guarda y custodia; a tales efectos del informe emitido por los servicios sociales de Vila-Real se puede observar que ambos disponen de vivienda en condiciones, el sr. Higinio tiene pareja en la

actualidad conviviendo juntos, y además ostenta la guarda y custodia de su hijo Saturnino de ocho años, fruto de una anterior relación; el piso es propiedad de su hermano y no paga alquiler, pues solo se hace cargo de los gastos de mantenimiento; destacan los servicios sociales que se ocupa perfectamente de su hijo Saturnino y que cuando los visita Adrián ambos hermanos comparten habitación”.

#### 4. Informes periciales.

Siguiendo el tenor del precepto, en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta “Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan”.

Estos informes, en particular, los psicológicos son, en efecto, uno de los elementos fundamentales en los que los Tribunales suelen basar sus decisiones<sup>31</sup>.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 563/2012, de 25 de julio (núm. recurso 565/2012), por ejemplo, entre otras muchas, estableció un régimen de convivencia en favor exclusivo de la madre, apoyándose en el informe psicológico, que afirmaba que la misma “había sido la principal figura de referencia en el desarrollo evolutivo de los menores”.

En el mismo sentido, la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 294/2015, de 19 de mayo (núm. recurso 305/2015) también atribuyó la custodia a la madre siguiendo la recomendación de los peritos. Explica la Audiencia que “en el presente supuesto el Juzgador resolvió de conformidad con las recomendaciones efectuadas en el informe emitido por el Equipo Psicosocial que realizó la evaluación psicológica de los progenitores, tuvo en cuenta su

---

<sup>31</sup> V. a este respecto SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 174/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 808/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 180/2014, de 18 de marzo (núm. recurso 737/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 229/2014, de 7 de abril (núm. recurso 914/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 291/2014, de 6 de mayo (núm. recurso 1126/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 301/2014, de 9 de mayo (núm. recurso 357/2014), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 307/2014, de 12 de mayo (núm. recurso 1321/2013), SAP Valencia (sección 10ª) núm. 327/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 407/2014), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 353/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 343/2013), SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 542/2014, de 10 de julio (núm. recurso 136/2013), la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 520/2014, de 7 de julio (núm. recurso 1289/2013) y SAP Valencia (sección 10ª) núm. 295/2015, de 19 de mayo (núm. recurso 130/2015).

situación socio-familiar y les sometió a pruebas de evaluación de capacidad para proporcionar atención y cuidado a la menor, apreciando carencias asistenciales en el entorno del progenitor, discrepancia en los estilos educativos, así como que la progenitora es y continua siendo la que ha asumido el papel de cuidador principal, presentando el progenitor limitaciones para el ejercicio de la custodia, siendo las rutinas adecuadas en el entorno materno, presentando también el progenitor otras carencias derivadas de sus ocupaciones laborales (es estibador en el puerto de Valencia) por el horario laboral y exigencia de disponibilidad, constatando que las medidas adoptadas, similares a las establecidas en la sentencia, han sido adecuadas permitiendo que la menor se encuentre vinculada a ambos progenitores”.

No obstante, la autoridad judicial puede decidir la cuestión en ausencia de tales informes, en casos patentes de manifiesta aptitud o ineptitud de uno de los padres para el cuidado de los hijos.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 71/2012, de 14 de febrero (núm. recurso 709/2011), afirma que el régimen de convivencia compartida puede acordarse, incluso en ausencia de un informe psicológico que lo aconseje, por no haberlo pedido ninguna de las partes, ni haberse acordado de oficio, interpretando que el art. 5.3.d) de la Ley 5/2011 no lo exige necesariamente, sino sólo “cuando proceda”, porque “la presunción ha de ser la de que cualquier progenitor es capaz de asumir la paternidad”. En el caso por ella decidido, confirmando la sentencia apelada, atribuyó el régimen de convivencia compartida contra la oposición de la madre que alegaba la falta de conocimiento e interés del padre en las necesidades de la hija. Replica la Audiencia que “Su ignorancia de cuestiones meramente puntuales respecto de la menor, parece consiguiente a quien no ha convivido con ella”.

Así mismo, es también posible prescindir de informes periciales en los casos de menores, cuya edad les permite presuponer un grado de madurez en su manifestación de tener una clara preferencia por un concreto régimen de convivencia.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 642/2014, de 15 de septiembre (núm. Recurso 349/2014), desestimó el recurso de apelación del padre, quien argumentaba que la sentencia recurrida había acordado el régimen de convivencia en favor de la madre sin haber mediado un informe pericial. Afirma, así, que “No podemos compartir tal censura, ya que tratándose de un chico que tiene actualmente 14 años, y que en la exploración practicada no dejó lugar a dudas, con la madurez propia de esa edad, de que quería seguir viviendo con su madre, y que la casa del padre actual (no la que pudo ser anteriormente) no reúne condiciones y no pasa allí los fines de semana,

resultó adecuada la decisión de la juez de no considerar necesaria recabar una prueba pericial que además hubiera dilatado sin duda muchos meses la resolución del procedimiento”.

No son extraños los casos, en los que se decide en contra de la recomendación del perito, muchas veces, basándose en argumentos que resultan del propio informe psicológico, que son valorados de manera distinta a como lo ha hecho el perito que lo ha redactado.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013) recuerda que “el juzgador no está sujeto o vinculado a ningún parámetro valorativo tasado o legal en su ponderación de los dictámenes periciales, a diferencia de lo que ocurre con otros medios de prueba (documental no impugnada, por ejemplo)”. Dice, así, que “Aunque no se puede desconocer la importancia de las opiniones técnicas expuestas por los peritos en el proceso ello no debe desvirtuar el verdadero papel de éstos, que no es sustituir al juez, sino auxiliarlo”. En el caso concreto, contra la opinión del psicólogo, sustituyó el régimen de convivencia en favor de la madre, que había sido establecido cuatro años antes, por un régimen de custodia compartida (exonerando, en consecuencia, al padre de la obligación de pagar la pensión de alimentos que venía satisfaciendo a los hijos). Para ello, tuvo en cuenta que, según se deducía del informe psicológico, el padre había obtenido un mejor resultado que la madre en el test que valoraba sus respectivas habilidades como cuidadores para ejercitar la responsabilidad parental (“Medio”, frente a “Medio-bajo”).

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), reiterando la misma doctrina de que el papel de los peritos, “no es sustituir al juez, sino auxiliarlo”, en contra de la recomendación del psicólogo, estableció también un régimen de convivencia conjunta, en sustitución del anterior, convivencia individual en favor de la madre. Para ello se apoya en los mejores resultados obtenidos por el padre en su valoración en aspectos tales como asertividad, flexibilidad y capacidad de resolución del duelo, que constaban en el informe pericial. Afirma, que el padre ha hecho gala de un “estilo educativo asertivo”, más beneficioso para el interés del menor, “que el sobreprotector-permisivo”, en ocasiones, empleado por la madre. Observa que “Los menores, como personas en fase de desarrollo y educación suelen ser bastante permeables a los estilos de comunicación de sus progenitores, en tanto que éstos constituyen referentes importantes a la hora de aprender cómo comportarse frente a los demás. Es por ello que no se puede negar que un contacto más regular y normalizado de (el menor) con su padre le va a ser muy beneficioso en este plano. La normalización de las relaciones incluye la pernocta habitual y equitativa del menor con su progenitor, pues es éste el contexto más frecuente de

relaciones de aquellos otros menores cuyos padres no se encuentran inmersos en una situación de crisis”.

#### 5. Las situaciones de espacial arraigo de los menores.

En quinto lugar, el precepto se refiere a “Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores”.

Sobre este factor ha tenido ocasión de pronunciarse la reciente STSJ Valencia (Sección 1ª) 6 septiembre 2013 (núm. recurso 2/2013), revocando la sentencia recurrida, la cual había afirmado que la distancia entre las localidades de residencia de los padres (el menor reside y asiste al colegio en Gandía, mientras que el padre vive en Denia) “y los cambios de ambiente del menor” a que daría lugar el régimen de custodia compartida, “representan un obstáculo al éxito” de la misma.

El TSJ observa que “en la sentencia recurrida la mera referencia a la distancia -que no se concreta ni en tiempo ni en distancia- y su proyección a un cambio de ambientes -que tampoco se especifican-, en primer lugar, no se compadece con la necesidad de integración del contenido del superior interés del menor en cada caso, adoleciendo por tanto del carácter genérico de la invocación del mismo que hace la sentencia recurrida y en segundo lugar y en punto a la alegación de la parte recurrida, no da contenido a este factor legal de ponderación pues la simple referencia a los cambios de ambiente no integran un supuesto de especial arraigo, sin que las consideraciones de la parte recurrida acerca de la distancia, las actividades y horarios escolares y extraescolares, la existencia de una hermana nacida de una relación posterior, permitan estimar el superior interés del menor determinante de la excepción de la regla general legal de convivencia compartida en el presente caso, a más de que para la determinación del concreto interés superior del menor, que como se ha dicho obvia la sentencia recurrida, ni en las alegaciones de la parte recurrente se tienen en cuenta otros factores de ponderación del artículo 5.3 de la Ley valenciana, cuales son la edad la dedicación y capacidad de los progenitores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores y su disponibilidad para mantener un trato directo con el hijo, en especial y particularmente la del padre solicitante de la modificación del régimen de convivencia”.

#### 6. La posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral.

En sexto lugar, deberán, en efecto, tenerse en cuenta las “posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores”.



Habrá, por lo tanto, que ponderar el horario de sus respectivas jornadas laborales<sup>32</sup>.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013), para sustituir el régimen de convivencia individual por otro de convivencia conjunta, tuvo en cuenta que, como consecuencia de la crisis de su empresa, el padre había pasado a tener una jornada laboral de veinte horas a la semana, lo que le permitía tener las tardes libres para cuidar de los niños. Precisa, además, en contra de lo argumentado por la madre, que “La posibilidad de que el padre en un futuro pueda recuperar un trabajo a jornada completa tampoco se puede constituir en un obstáculo insalvable (...) nos encontramos ante un futuro que, a fecha de hoy y en el contexto de una crisis económica severa y de larga duración, desconocemos si se va a llegar a producir. Es más, entrando de lleno en el terreno de las hipótesis no cabría descartar que fuera la (madre) quien obtuviera un contrato a tiempo completo y no por ello quedaría invalidada para el ejercicio de las potestades de guarda”.

Por el contrario, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014 (núm. recurso 283/2014) se pronunció en contra de la modificación del régimen de convivencia solicitado por el padre, valorando “las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores”. Consideró, así, “de indiscutible relevancia” que la madre hubiera reducido su jornada laboral “a fin de conciliar la vida laboral y la familiar, con el indudable sacrificio económico”, mientras que, por el contrario, el padre (trabajador a turnos) no hubiese hecho lo mismo; y añade “que a la mayor dificultad de atención directa del menor por el progenitor”, ha de sumarse su constatada actitud renuente “respecto del cumplimiento de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares, incluidas las obligaciones alimenticias del menor”.

## 7. La disponibilidad de los progenitores para mantener un trato directo con los hijos.

En séptimo lugar, se ha de ponderar la “disponibilidad” de cada uno de los progenitores “para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad”, factor éste, que se encuentra en estrecha relación con el anterior<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> V. SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014).

<sup>33</sup> V. SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 138/2015, de 17 de abril (núm. recurso 731/2014), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 174/2015, de 7 de mayo (núm. recurso 808/2014) y SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 126/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 112/2014).

La jurisprudencia entiende que “la circunstancia de que el padre o la madre se auxilien eventualmente de familiares cercanos para atender a sus hijos no debe conducir automáticamente a la denegación del régimen de convivencia compartida, pues no son pocas las veces en que se cuenta con esta ayuda en situaciones en las que no existe ningún tipo de crisis familiar”<sup>34</sup>. Pensemos, en la imprescindible ayuda que en la sociedad actual prestan los abuelos en la crianza de los nietos.

De hecho, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014), al establecer la custodia compartida, valoró el hecho de que “Ambos progenitores tiene familia extensa de apoyo constituida por los abuelos de unos y otros y hermanos, que de hecho colaboran en sus obligaciones con los menores”.

La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 688/2012, de 28 de noviembre (núm. recurso 441/2012) afirma, así, que no es obstáculo para el establecimiento de un régimen de convivencia conjunto “que el padre que ya goza de un amplio régimen de visitas, vaya a necesitar eventualmente ayuda de tercera persona”. La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 132/2013, de 11 de marzo (núm. recurso 845/2012), al conceder dicho régimen, señala que “ambos cónyuges con domicilios próximos y amplio apoyo familiar, pueden delegar en algún pariente la entrega y recogida de la menor”. La SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013) valora la circunstancia de que el padre tenga una hermana en la ciudad de Alicante, cercana a Elche.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 431/2014, de 16 de junio (núm. recurso 165/2014) explica que “es cierto que el progenitor explicitó su dificultad para conciliar su vida laboral con la atención a la menor, como así pone de manifiesto la recurrente, pero también es cierto que, a fin de compensar tal dificultad, es auxiliado por los abuelos paternos, situación que por otro lado es habitual en nuestra sociedad cuando los horarios laborales no se ajustan a las necesidades familiares, lo que no ha de ser un obstáculo insalvable, pues del informe psicológico no se desprende en modo alguno que el progenitor delegue sus obligaciones parentales en los abuelos paternos de la menor o estos suplan las competencias de aquel, sino que constituyen un apoyo, y siendo cierto que existe una cierta distancia entre el domicilio de ambos progenitores, no es menos cierto que es fácilmente salvable con medios de locomoción, aun con las innegables molestias, pero ello permite a su vez que

---

<sup>34</sup> V. así SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 132/2013, de 11 de marzo (núm. recurso 845/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 410/2013, de 12 de julio (núm. recurso 356/2013) y SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2014).

la menor continúe su educación en el entorno socio-cultural en el que lo venía haciendo hasta el divorcio de los padres, extremo que sin duda ha de contribuir a su estabilidad”.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 745/2013 (núm. recurso 605/2013), de 14 de noviembre, se apoya en el informe pericial psicológico, que “recomendó el sistema de convivencia compartida, por estimarse beneficiosa para las hijas, incluyendo el mayor contacto con la abuela paterna que ese sistema conllevaría, atendiendo a la profesión del actor, que es camionero, y trabaja hasta las 19 horas”.

#### 8. Otras circunstancias relevantes.

Por último, deberá tenerse en cuenta, “Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos”.

##### A) La distancia entre el domicilio de los progenitores.

Una de esas circunstancias es la distancia que exista entre el domicilio de los progenitores, pues su cercanía favorece el régimen de convivencia conjunta<sup>35</sup>.

No obstante, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014), estableció el régimen convivencia compartida, apoyándose en el informe pericial, según el cual ambos progenitores disponían de características y competencias personales beneficiosas y complementarias para el cuidado de las hijas. Afirma que “El inconveniente fundamental que alega la recurrente para la fijación de este sistema, el hecho de que los litigantes tienen su residencia en localidades distintas, no es un obstáculo suficiente para la implantación de la custodia compartida, teniendo en cuenta la proximidad de las dos localidades (...), pertenecientes a la misma comarca y distantes tan sólo (...) 17 kilómetros, sin que se haya acreditado que estén unidas por una carretera especialmente inadecuada”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> V. así SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 132/2013, de 11 de marzo (núm. recurso 845/2012), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 563/2013, de 30 de octubre (núm. recurso 534/2013), SAP Alicante (Sección 9ª) núm. 160/2015, de 5 de mayo (núm. recurso 825/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 118/2014, de 30 de septiembre (núm. recurso 133/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 281/2014, de 30 de abril (núm. recurso 1094/2013).

<sup>36</sup> En el mismo, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 401/2014, de 6 de junio (núm. recurso 88/2014) tampoco consideró que la distancia geográfica fuera un obstáculo para el establecimiento del régimen de convivencia compartida: “Tampoco la distancia geográfica entre la residencia del padre, en Moncada y la de la madre y el colegio de la niña en Valencia es un obstáculo para impedir la convivencia conjunta, como ya ha

Así lo confirma también la SAP Valencia (sección 10ª) núm. 295/2015, de 19 de mayo (núm. recurso 130/2015) al señalar que el “hecho de que el actor viva en Torrent, y la demandada en Valencia no impide tampoco la custodia compartida, habida cuenta de que la distancia entre las dos ciudades es corta, y de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 6 de septiembre de 2.013, que admitió la convivencia compartida en un caso en el que los progenitores vivían uno en Denia y el otro en Gandía. Además, el actor manifiesta que tiene a su disposición una vivienda en Valencia”.

#### B) La conveniencia de no separar a los hermanos.

Igualmente un criterio consolidado es el de intentar no separar a los hermanos.

Así lo expone la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio de 2014 (núm. recurso 283/2014), que confirmó la sentencia apelada, la cual se había pronunciado por conveniencia de no separar a los hermanos. Dice, así, que “tradicionalmente se ha venido considerando perjudicial para los menores su separación, así lo pone de manifiesto el art 92.5 C.C., situación perfectamente subsumible en el apartado h) del art. 5.3 de la Ley 5/2011”<sup>37</sup>.

En el mismo sentido, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013) considera que “siendo que el hijo mayor va a vivir con su padre, no parece beneficioso, sino al contrario, que los hermanos vivan separados o bajo un régimen distinto”.

#### C) La amplitud del régimen de comunicación con el progenitor no custodio.

Otro factor que puede ser tenido en cuenta, en particular, para denegar la modificación del régimen de convivencia, es la existencia de un sistema de comunicación con el menor, tan amplio, que, en la práctica, sus resultados se asemejan a la custodia compartida.

---

venido declarando esta Sala en supuestos semejantes, ni la mala relación entre las partes o las dificultades en la comunicación, que conforme a la Ley Valenciana no deben ser factores que por sí impidan la convivencia conjunta, máxime cuando, como afirma la juez la menor por su edad ya tiene capacidad expresiva propia y autónoma”. En el mismo sentido se pronuncia la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 286/2014, de 5 de mayo (núm. recurso 1190/2013), que no considera un obstáculo la distancia geográfica existente entre el domicilio de la madre de los hijos, en la Cañada, y el del padre en Alboraya, respecto del colegio El Plantía al que asisten los hijos.

<sup>37</sup> V. también SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 131/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 118/2014), SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 132/2014, de 24 de octubre (núm. recurso 140/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 599/2014, de 24 de julio (núm. recurso 327/2014).

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 613/2014, de 30 de julio de 2014 (núm. recurso 283/2014) confirmó, así, la sentencia de primera instancia, a pesar de la recomendación de la perito, favorable al establecimiento de una custodia compartida. La Audiencia observa que, no obstante dicha recomendación, a preguntas del Ministerio Fiscal, en el acto del juicio la misma perito “manifestó que el niño está bien adaptado viviendo con la madre y mantiene una buena comunicación con el padre” y que “el sistema que está viviendo el menor es muy próximo al de custodia compartida”, ya que “está viviendo la mitad de los días con el padre y la mitad con la madre más o menos”. A ello, añadió la mayor capacidad de la madre para conciliar su vida laboral y familiar y los incumplimientos del padre respecto del pago de la pensión alimenticia.

#### D) La dificultad de los hijos para adaptarse a la nueva familia.

Asimismo, la dificultad de los hijos para adaptarse a la nueva familia formada por solo uno de los progenitores puede ser también otro criterio tenido en cuenta para no modificar el régimen de convivencia y no establecer la custodia compartida tras la promulgación de la Ley 5/2011.

Se ha de recalcar que hoy en día está en la naturaleza de la realidad social que se rehaga la vida con una nueva familia tras la crisis familiar. Por tanto el mero hecho de que un progenitor haya rehecho su vida con otra persona no debe ser un obstáculo para el establecimiento del régimen de custodia compartida. Ahora bien esta idea es general, y la cuestión deberá ser decidida teniendo en cuenta el caso concreto, pues habrá supuestos en los que la convivencia de los hijos con la nueva familia pueda ser un factor de distorsión de su desarrollo personal o repercuta negativamente sobre los menores desde un punto de vista psicológico.

La SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 445/2014, de 18 de junio (núm. recurso 1336/2013) confirma la sentencia recurrida, que había desestimado la pretensión del padre de modificar el régimen de convivencia estableciendo la convivencia compartida. Dice así: “Hemos de tener en cuenta que el argumento decisivo de los informes periciales para no recomendar la guarda conjunta y la sentencia para no acordarla no es una inidoneidad del padre, sino las circunstancias individuales de los hijos, que no han digerido, cinco años después de la separación de sus padres, la ruptura familiar; presumimos por ello que no están en condiciones de adaptarse a la nueva situación familiar del padre”, que tiene otro hijo, con una nueva pareja de la misma edad de los menores nacidos en el anterior matrimonio.

#### E) La adicción a las drogas de los progenitores.

La SAP Valencia (sección 10ª) núm. 327/2014, de 19 de mayo (núm. recurso 407/2014) considera como criterio relevante para decidir la atribución de la custodia individual a un progenitor el historial de consumo de cocaína de la otra progenitora, siempre y cuando ésta no se halle deshabitado con éxito.

Así, la Audiencia opta finalmente por establecer la custodia compartida ya que la progenitora con el historial de consumo de cocaína “a fin de deshabituarse ingresó en Centro Residencial, primero en ‘Llaurant la llum’ y después en ‘Comunidad Balsa Blanca’. Lo realmente relevante es que desde el 31 de octubre de 2011 a 23 de octubre de 2013, la progenitora se mantiene abstinentes, y así lo ponen de manifiesto diversos informes avalados por las pertinentes analíticas, es más el informe emitido por la Consellería de Sanidad en fecha 18 de octubre de 2012 señala no solamente la abstinencia de la Sra. Dulce, sino que “el curso del trastorno es de remisión total temprana (no se cumplen criterios de dependencia o abuso en este último año). Tanto la evolución como el pronóstico son favorables””.

Por su parte, la SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 114/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 17/2014) examina un caso en el cual el juzgador de instancia consideró que “la conducta nada ejemplarizante del padre por su consumo de estupefacientes, que aunque se ha intentado minimizar, aparece como demasiado habitual (dos denuncias conocidas y un análisis toxicológico con resultado positivo) y plantea serias dudas sobre la influencia que podría tener en el cuidado cotidiano de sus hijos”. No obstante la Audiencia observó que “No nos parece que tenga una relevancia decisiva para la resolución de la cuestión controvertida el hecho de que el padre sea consumidor de cannabis. Aunque no le faltan razones al juzgador de la primera instancia para calificar dicho consumo como ‘demasiado habitual’ (dos denuncias administrativas conocidas por tenencia de estupefacientes, y un reciente análisis toxicológico con resultado positivo), no parece que ello tenga repercusiones significativas en la vida del apelante (no se han evidenciado, y, según se dice en la sentencia recurrida, no se ha acreditado que dicho consumo produzca en el actor efectos físicos o psíquicos significativos)”.

#### F) El rendimiento académico de los menores.

Otro factor que los Tribunales pueden tener en cuenta a la hora de decidir si mantener o modificar un sistema de custodia, es el rendimiento de los menores en el colegio. Así, es posible mantener el sistema de custodia inicialmente adoptado (ya sea individual o compartida), si se constata con él

los menores obtienen buenas notas en el colegio, asisten con regularidad a las clases, hacen periódicamente los deberes, etc.

La SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 112/2014, de 19 de septiembre (núm. recurso 43/2013), a la hora de mantener la custodia individual del menor, constata, así, que “existe ahora y desde la convivencia con el padre una normalización y estabilización académica del hijo Valentín, que antes no se daba al incurrir en numerosas faltas al colegio”.

#### V. LA PROMULGACIÓN DE LA LEY 5/2011 COMO ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA AL ESTABLECER EL RÉGIMEN DE CONVIVENCIA.

Hay que llamar la atención sobre los problemas interpretativos suscitados por la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 5/2011, según la cual “Esta Ley será aplicable a los procedimientos judiciales en materia de nulidad, separación, divorcio y medidas paterno o materno-filiales que estén pendientes de sentencia en el momento de su entrada en vigor”. Es doctrina jurisprudencial consolidada que la Disposición se refiere, exclusivamente, a los procedimientos que estuvieren pendientes de sentencia en primera instancia, pero no, en apelación<sup>38</sup>.

A este respecto, hay que distinguir claramente lo que es la aplicación retroactiva de la Ley a situaciones ya juzgadas, que, obviamente, es improcedente, de lo que es una revisión del régimen de custodia adoptada en su día, por la vía de la modificación de medidas por alteración sustancial de la circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de su establecimiento (90.III CC), las cuales tienen que ser apreciadas, con arreglo a la normativa autonómica vigente, en el que, a diferencia de lo previsto en el CC, el régimen de convivencia conjunta es la regla general, y el de convivencia en favor de uno de los progenitores, la excepción.

La diferencia es importante, porque en algunos Tribunales existía una gran reticencia a sustituir el régimen de convivencia individual por otro de convivencia conjunta, con el argumento de que no existía una alteración sustancial de las circunstancias, requisito éste, que, a veces, se examinaba con tal rigidez, que hacía realmente difícil la nueva adopción de un sistema de custodia compartida. En el fondo subyacía el temor a que lo que se

---

<sup>38</sup> V. en este sentido STSJ Comunidad Valenciana (Sección 1ª) núm. 1/2012, de 24 de enero (núm. recurso 5/2011), y AATSJ Comunidad Valenciana (Sección 1ª) núm. 7/2012, de 12 marzo de 2012 (núm. recurso 14/2012) y núm. 11/2012, de 17 de abril (núm. recurso 1/2012).

pretendiera conseguir era una implícita aplicación retroactiva de la Ley 5/2011.

Sin embargo, con buen criterio, la STSJ Valencia (Sección 1ª) 6 septiembre 2013 (núm. recurso 2/2013) ha reconducido la cuestión a sus justos términos, afirmando que “la modificación sobrevenida de las reglas de derecho derivada de la regulación legislativa de la Ley valenciana permite la revisión judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior, respecto de casos concretos y cuando alguna de las partes o el Ministerio fiscal lo soliciten, mediante el procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior en procesos de separación nulidad o divorcio con base a la modificación legislativa de las reglas contenidas en la nueva legislación valenciana, pues en definitiva la alteración de las reglas de derecho aplicables constituye una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de uno u otro régimen de custodia”<sup>39</sup>.

No obstante, como expone la referida sentencia, la decisión sobre la modificación del régimen de convivencia deberá valorar “los casos concretos”, en atención al interés superior del menor y a los criterios del art. 5.3 de la Ley 5/2011.

Así, la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 550/2014, de 15 de julio (núm. recurso 225/2014) explica que la promulgación de la Ley 5/2011 no conlleva automáticamente la modificación del régimen de convivencia en el sentido de establecer la custodia compartida, sino que supone únicamente una alteración sustancial de circunstancias que permite revisar las medidas adoptadas en su día (art. 90.III CC)<sup>40</sup>. Razona la Audiencia, “Y cierto también es que la sentencia de 6 de septiembre de 2013 del TSJCV fija como doctrina de la Sala que la entrada en vigor de la ley autonómica 5/11 de 1 de abril ‘altera por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas (...)’ (...) Tampoco puede afirmarse que la entrada en vigor de la ley autonómica suponga automáticamente el establecimiento de la custodia compartida sino que el establecimiento de una clase de custodia vendrá

---

<sup>39</sup> Acogen ya esta doctrina, entre otras, SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 212/2014, de 1 de abril (núm. recurso 1214/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 319/2014, de 15 de mayo (núm. recurso 1233/2013), SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 351/2014, de 26 de mayo (núm. recurso 140/2014) y SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 616/2014, de 8 de septiembre (núm. recurso 188/2014).

<sup>40</sup> Igualmente, la SAP Valencia (Sección 10ª), núm. 445/2014, de 18 de junio (núm. recurso 1336/2013) refrenda que “la entrada en vigor de la Ley 5/2011 altera por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas y por tanto permite la revisión de las mismas, con arreglo al nuevo régimen legal, en cada caso concreto y por vía de modificación de medidas definitivas”.



determinado por lo que, en el caso concreto, sea lo que más beneficie a los menores, a cada uno de ellos”. Examinando las circunstancias concurrentes en este caso, la Audiencia decide mantener la custodia a favor de solo la madre (tal y como establecía la sentencia original de divorcio, anterior a la Ley 5/2011), revocando la sentencia de instancia que modificaba las medidas estableciendo un régimen de custodia compartida. La decisión de la Audiencia favorable a otorgar la custodia a la madre se debe a informes periciales que aconsejan dicho régimen, así como al “parecer de los tres menores, la falta de manipulación materna y el haber ejercido la custodia de sus hijos tras la ruptura sin desconocer la importancia de la figura paterna. Si a ello se une el trastorno de déficit de atención de Juan Luis y los informes del neuropediatra y la neuropsicóloga que le atienden que desaconsejan situaciones de estrés y tensión como le produciría el cambio de entornos, si se tiene en cuenta las profesiones materna -psicóloga- y paterna -militar-, el que ha sido la madre la principal figura de apego de los menores por encontrarse junto a esta desde su nacimiento y tras la ruptura, la efectiva conciliación de su vida familiar y profesional, la decisión de la Sala no puede ser otra que la de mantener la custodia de la madre de sus tres hijos, tal y como lo convinieran las partes tras la ruptura de su matrimonio, por considerar que de esa forma se garantiza el único y superior interés de los menores cual es su bienestar”.

La SAP Castellón (Sección 2ª) núm. 126/2014, de 8 de octubre (núm. recurso 112/2014), ante un procedimiento de modificación de medidas fundamentado en la entrada en vigor de la Ley 5/2011, invierte la carga de la prueba, al exigir una mínima base probatoria al progenitor que desea el establecimiento del régimen de custodia compartida. Razona la Audiencia que es “evidente que no puede ser lo mismo un caso de divorcio reciente con régimen de custodia con escaso o medio desarrollo, que otro que ha dado lugar a una situación estable y consolidada”. De este modo –continúa la Audiencia– “es preciso algún tipo de prueba sobre el beneficio que podría reportar el cambio de régimen, puesto que no se trata de primar el deseo de los progenitores bajo un derecho a la igualdad en términos absolutos, sino que prima el interés del menor. (...) Un cambio legislativo no puede cambiar la particular situación beneficiosa derivada de un régimen organizativo de custodia que estaba funcionando durante largo tiempo”.

Finalmente, es interesante mencionar la SAP Valencia (Sección 10ª) núm. 494/2014, de 1 de julio (núm. recurso 178/2014), que argumenta que el régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia, aunque se enmarque en un régimen de custodia individual, es tan amplio que “participa más de lo que se ha dado en llamar régimen de convivencia compartido que de exclusiva custodia de uno de los progenitores”. La Audiencia revoca la sentencia de instancia que desestimaba la pretensión del padre de modificar

el régimen de custodia individual para instaurar un régimen de custodia compartida tras la entrada en vigor de la Ley 5/2011. En consecuencia, acuerda instaurar la custodia compartida en lugar de la custodia exclusiva de un progenitor, pero dicho régimen de convivencia compartida se articula de la misma forma que se articulaba el régimen de visitas de la convivencia individual. Así, dictamina que “procede estimar parcialmente el recurso en este motivo, para acordar que el sistema de guarda de la menor se comparte entre sus progenitores a través del régimen de comunicación que se contiene en la sentencia de instancia, (...). Dicho régimen supone la extinción de la pensión alimenticia a cargo exclusivamente del recurrente (...)”.